



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 8 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de mayo de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 167/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual instado en relación con el Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado mediante escrito de reclamación presentado el 1 de octubre de 2015, a instancia de la reclamante, siendo admitido a trámite mediante Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud de fecha 9 de noviembre de 2015.

2. La interesada cuantifica la indemnización en 60.000 euros. La citada cuantía determina la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias. Asimismo el Consejero de Sanidad está legitimado para solicitarlo. Todo ello según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que, en virtud de la disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), es la normativa aplicable porque a la entrada en vigor de esta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima LPACAP.

3. La interesada, mediante escrito, insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria-quirúrgica que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud. Concretamente, fundamenta sus pretensiones en que el día 3 de abril de 2014 fue intervenida en el (...) para la realización de una gastrectomía tubular laparoscópica. El día 11 de abril de 2014, acudió a consulta de Cirugía siendo remitida al Servicio de Urgencias para nuevo ingreso en el Hospital, porque en la intervención del día 3 pasado se produjo un fallo en la sutura. En consecuencia, fue reintervenida practicándosele laparoscopia exploradora, drenaje laparoscópico de colección paragástrica, cierre de dehiscencia de sutura y colocación de yeyunostomía de alimentación. Por dicha intervención la paciente estuvo ingresada desde el día 11 de abril hasta el día 24 de abril, que recibió el alta hospitalaria.

La reclamante nos indica que debido a la segunda intervención practicada tuvo que acudir al Servicio de Urgencias el 25 de abril de 2014 por obstrucción de sondas; el 26 de abril de 2014 por vómitos y malestar general; el 3 de mayo de 2014, por aumento de bolsa colectora; el 5 de mayo de 2014 por mal olor del colector de la sonda de drenaje abdominal; el 14 de mayo de 2014, por dolor abdominal y drenaje bloqueado; los días 23 y 24 de julio por otros motivos.

Por todo ello, la reclamante solicita la indemnización por el funcionamiento de los servicios públicos al haber tenido que someterse a una segunda intervención debido al fallo de sutura de la primera y haber tenido que soportar una baja médica mayor de la que hubiese tenido de no presentarse el fallo de sutura y la fístula gástrica consecuencia de la intervención quirúrgica a la que se sometió y las diversas visitas al Servicio de Urgencias.

La reclamante acompaña a dicho escrito documentación médica con efecto probatorio.

4. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales como consecuencia de la actividad sanitaria, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

II

1. Consta en el expediente la siguiente tramitación procedimental:

- Con fecha 14 de octubre de 2015, se practica notificación a la interesada en la que se le comunica los extremos a los que se refiere el art. 42.4 LRJAP-PAC y se requiere la subsanación de su solicitud.

- Mediante Resolución de 9 de noviembre de 2015 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada. Esta Resolución fue notificada a la interesada. También, se dirige escrito al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) a fin de que, a la vista de la historia clínica de la paciente, se emita informe.

- Con fecha 2 de junio de 2017, el Servicio de Inspección y Prestaciones emite su informe.

- El 11 de septiembre de 2017, se acuerda la apertura del periodo probatorio admitiendo las pruebas propuestas por la interesada, sin que haya presentado más pruebas en su defensa una vez notificado.

- El día 18 de septiembre de 2017, la instrucción del expediente resuelve conceder a la interesada el preceptivo trámite de audiencia, facilitando una relación de los documentos obrantes en el expediente. Trámite que fue notificado correctamente, sin que la misma haya presentado alegaciones.

- Con fecha 16 de marzo de 2018, se ha elaborado la Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada por la interesada.

2. Admitida a trámite la reclamación presentada, la instrucción del procedimiento ha sido correcta no incurriendo en irregularidades formales que impidan la emisión de Dictamen.

III

1. La interesada funda su reclamación en la inadecuada asistencia sanitaria recibida en la intervención quirúrgica practicada el día 3 de abril de 2014, por haberse producido un fallo en la sutura por el que tuvo la necesidad de ser intervenida de nuevo recibiendo el alta hospitalaria el 24 de abril de 2014, y posteriormente acudió al Servicio de Urgencias entre el 25 de abril y 23 de julio de 2014, por diferentes motivos postoperatorios.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada al considerar que no se ha acreditado la vulneración de la *lex artis ad hoc* y, en suma, no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

3. En atención a los documentos obrantes en el expediente, siguiendo el informe del SIP, particularmente han resultado acreditados los siguientes hechos, entre otros, relativos a la asistencia sanitaria que la afectada recibió del Servicio Canario de la Salud por la práctica de la gastrectomía tubular laparoscópica y la laparoscopia exploradora:

- En fecha 3 de abril de 2014, se realiza la intervención de gastrectomía tubular laparoscópica, postoperatorio sin incidencias, recibiendo el alta 48 horas después.

- El 11 de abril de 2014, la paciente tras pasar por la consulta del Servicio de Cirugía es ingresada, realizándose preparación quirúrgica para revisión de gastrectomía, y se interviene el mismo día 11 de abril, reintervención por fallo de sutura.

- Postoperatorio normal. El 24 de abril de 2014, recibe alta hospitalaria.

- El 25 de abril acude al (...) por obstrucción de sondaje, se desobstruye con agua caliente.

- El 26 de abril acude al (...) porque presentar vómitos, fiebre, dolor abdominal, malestar general. Se realiza valoración y exploración general. Es valorada por el cirujano. Presencia de abdomen con molestias epigástricas sin afectación peritoneal,

se deja en observación y se solicitan pruebas complementarias, análisis clínicos y TAC de abdomen con contraste, pruebas que resultan normales. Recibe el alta, con estabilidad el 29 de abril de 2014.

- El 3 de mayo de 2014, la paciente acude a la clínica (...) refiriendo que al empezar la tolerancia oral líquida, la bolsa colectora (del drenaje gástrico) ha aumentado de tamaño. Sin embargo, el facultativo determina que la paciente tiene que abandonar la vía oral por ahora, no tiene fiebre ni otro problema.

- El día 5 de mayo vuelve a la clínica (...), se queja de mal olor en el colector de la sonda, no existencia de irritación peritoneal, ni otros datos o complicación.

- Se realiza cambio del colector del drenaje pasa a control de cirugía al día siguiente.

- El 14 de mayo de 2014 es valorada por el Servicio de Cirugía del (...) donde acude por dolor abdominal y drenaje bloqueado. Se comprueba el drenaje y está permeable, se solicita analítica, cita al día siguiente con el facultativo.

- El 23 de julio acude de nuevo al (...), se queja de un vómito alimenticio, no fiebre, se realiza analítica que resulta normal, no signos de irritación peritoneal, la exploración general es normal, dieta blanda y alta. La paciente solo puede tomar líquidos por lo que se recomienda una fuente de proteínas para evitar atrofia muscular, recomiendan batidos de proteína.

- El 30 de septiembre de 2014, acude refiriendo náuseas y vómito desde ayer, sin fiebre, sin otro problema, la valoración general es normal, dieta, Motilium (medicamento en solución) y alta.

- El 24 de enero de 2015, acude con dolor epigástrico punzante, vómitos. La exploración general normal, afebril. Tras analítica se diagnostica infección urinaria que se trata con antibioterapia.

- El 9 de febrero de 2015, la paciente presenta una evolución favorable, recibe el alta de Cirugía General y Digestiva del (...). Sigue control por el Servicio de Endocrinología, servicio que ha seguido evolución en CHUNSC, antes y después de la cirugía bariátrica. Según informe del doctor el catéter de nutrición intestinal funcionó correctamente, hasta la solución de la fístula. Tras todo lo anterior «la paciente se ha recuperado completamente y hace vida normal».

4. Finalmente, el SIP realiza sus conclusiones referentes al caso expuesto, de las que cabría mencionar en principio las siguientes:

«(...) La fistulización de la zona quirúrgica, fue ocasionada por fallo en la grapadora mecánica utilizada para la sutura gástrica, fallo que puede ocurrir (...) Este fallo puede ocurrir incluso después de una activación técnicamente apropiada, es un fallo mecánico (...) alertados por fallo en la grapadora en tres pacientes.

(...) se le realiza la corrección del fallo de sutura. Hay que dejar un drenaje en la zona fistulosa gástrica, por lo que se realiza una yeyunostomía, para poder alimentarse a través de esta sin necesidad de pasar la alimentación por el estómago, y proceda la cicatrización adecuada de la fístula.

El catéter empleado en dicha zona intestinal funcionó correctamente durante el proceso, tampoco hubo problemas en el control de la fístula (...) Hubo tratamiento antibiótico adecuado y correcto seguimiento y tratamiento de los pormenores posteriores hasta su curación; los problemas posteriores consistieron en náuseas, vómitos, dolor (...) y surgen en el proceso como manifestaciones de curso considerada normal».

5. A mayor abundamiento, nos indica el SIP, que «en la historia clínica de Atención Primaria no se presentan más problemas tras estos hechos que lo que suele pasar en este tipo de intervenciones, como es algún tipo de trastorno en la absorción de algún nutriente, y la adicción de complementos para el déficit de éstos».

IV

1. De acuerdo con el art. 142.5 LRJAP-PAC, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, conforme dispone el propio precepto, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. De conformidad, pues, con este precepto legal, es a la fecha de la curación o de la determinación de la irreversibilidad del daño a la que hay que atenerse como término inicial del plazo prescriptivo de un año, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Supremo, constante en señalar que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas (SSTS de 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011, 10 de abril de 2012, entre otras).

Al respecto es preciso recordar una vez más la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«(...) La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la “actio nata” recogido en el artículo 1969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible. Por lo tanto el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto” (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo” (STS de 14 de febrero de 2006)» (Sentencia de 18 de enero de 2008). Esta línea jurisprudencial es seguida en las STS de 20 diciembre 2013 y, más recientemente, de 9 febrero 2016.

Esa doctrina consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la actio nata, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Así, en la Sentencia de 24 de febrero de 2009, ha reiterado el Tribunal Supremo que en «supuestos como el presente, debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes, el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (...)».

A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la Sentencia de 8 de octubre de 2012, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el hecho generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. En cambio, los daños continuados, conforme a la citada jurisprudencia, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Por ello, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o, como dice el art. 145.2 de la Ley 30/1992, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 17 de febrero de 1997, 26 de marzo de 1999, 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 29 de junio y 10 de octubre de 2002, 11 de mayo de 2004, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 14 de julio y 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011 de 2010, 22 de febrero, 10 de abril y 12 de septiembre de 2012 y 2 de abril de 2013, entre otras).

2. Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, dados los datos obrantes en la historia clínica de la paciente y los informes médicos emitidos a lo largo de la tramitación del procedimiento que han sido recogidos en el informe del SIP, y asumidos por la Propuesta de Resolución, a efectos del cómputo del plazo de un año para el ejercicio del derecho a reclamar se tomará en consideración el siguiente a aquél en que hayan quedado determinadas la secuelas o los resultados definitivos de la intervención quirúrgica practicada por el facultativo del Servicio Canario de la Salud.

Concretamente, consta en el expediente como el día del alta hospitalaria el 24 de abril de 2014 (folio 10 del expediente). También figura en el informe preceptivo del facultativo especialista la fecha de 27 de abril de 2014, como fecha de alta por estabilidad (folio 31 del expediente). En las observaciones sobre el curso clínico se determina que la paciente se encuentra estable y bien desde julio de 2014 (folio 151 del expediente). En el informe del SIP, se determina el 9 de febrero de 2015 como la fecha en la que la paciente recibe el alta en Cirugía General y Digestiva del (...),

pero no se consigue esclarecer el alta de que se trata -médica, de tratamiento, de seguimiento, evaluación (...)-. En la documentación facilitada por la Gerencia de Atención Primaria de Tenerife tampoco figura la fecha del alta médica que se pretende analizar.

En definitiva, no se desprende del expediente el día exacto que hemos de considerar a efectos del cómputo del referido plazo, en todo caso distinta del alta por tratamiento médico, pues como ya hemos advertido procede distinguir entre daños permanentes y daños continuados. Considerando en este supuesto necesario determinar la fecha para poder entrar a evaluar las consecuencias del hecho presuntamente causante del daño en el supuesto de no ser extemporánea la reclamación presentada. Por ello, se solicita del SCS que se señale el día en que quedó determinado el daño físico y secuelas tras la segunda intervención.

3. Por otra parte, se desprende de la documental médica obrante en el expediente que se han detectado fallos en las líneas de sutura por la utilización de la misma endograpadora en cuatro pacientes operados consecutivamente. Además, el propio informe del SIP indica que el daño se debió a un fallo mecánico del citado instrumental [págs. 10, 59, 393, 430 (...)].

4. Se solicita información complementaria sobre el estado de mantenimiento del material quirúrgico empleado en la operación del 3 de abril de 2014, concretamente de la endograpadora, al coincidir los informes aportados al expediente en que la causa del fallo en la sutura fue debido a un fallo de la misma. Razón por la que se solicita que se informe por el servicio competente sobre la última vez que fue revisada y confirmada para su uso efectivo la endograpadora, cada cuánto se supervisa el material quirúrgico, cuál es el procedimiento a seguir para disponer en quirófano del material quirúrgico necesario y en las debidas condiciones para su uso y poder intervenir adecuadamente.

5. Con todo, entendemos que la correcta tramitación del presente procedimiento requiere la retroacción del mismo a fin de recabar informes médicos que respondan, en primer lugar, a la fecha que ha de considerarse a efectos de cómputo de plazo en los términos anteriormente expuestos. Así como sobre, en su caso, si el material quirúrgico empleado -la endograpadora- cumplía con las condiciones óptimas necesarias para su uso en quirófano, cada cuánto se supervisa el material quirúrgico, cuál es el procedimiento a seguir para disponer en quirófano del

material quirúrgico necesario y en las debidas condiciones para su uso, y si antes de cada operación se chequea el equipo instrumental a utilizar.

Posteriormente, una vez incorporados tales informes al expediente, se deberá conceder trámite de audiencia a la interesada, y seguidamente dictarse nueva Propuesta de Resolución que se someta a nuestro dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos indicados en el presente Dictamen.